
RESPONSABILIDAD SUPRACONTRACTUAL

Rodolfo Delgado Gamboa

Doctorando en Derecho en ©, Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho de Familia, Universidad Autónoma de Bucaramanga (Colombia). Abogado, Universidad Santo Tomás, Bucaramanga. Docente Investigador, Universidad Santo Tomás Bucaramanga. Correo electrónico: rodolfodelgadog@gmail.com

Resumen

El presente escrito muestra algunos de los resultados obtenidos del proyecto de investigación titulado: Autonomía de la voluntad: contratos en el Estado Social de Derecho. Su objetivo es el de reconstruir las vicisitudes que afrontan las fuentes de las obligaciones contractuales y la responsabilidad contractual, en el tránsito del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho. Se presenta de manera sumaria la noción de responsabilidad supracontractual como una de las formas de responder desde la teoría del derecho a dicha problemática.

Palabras clave: Fuentes de las obligaciones, ley, autonomía, responsabilidad, derechos fundamentales y deberes constitucionales.

Abstract

This paper shows some of the results of the research project entitled: Freedom of choice: contracts in the rule of law. Its aim is to reconstruct the vicissitudes faced by sources contractual obligations and contractual liability, in the transition from rule of law to the rule of law. It is presented in a summary fashion supracontractual the notion of responsibility as one of the ways to respond from legal theory to this problem.

Key words: Sources of the obligations, law, autonomy, responsibility, fundamental rights and constitutional duties.

Résumé

Cet article montre quelques-uns des résultats du projet de recherche intitulé: La liberté de choix: les contrats de l'État de droit. Son objectif est de reconstruire les vicissitudes rencontrées par les sources obligations contractuelles et la responsabilité contractuelle, dans la transition de l'État de droit à l'État de droit. Il est présenté de façon sommaire supracontractual la notion de responsabilité en tant que l'une des façons d'y répondre de la théorie juridique à ce problème.

Mots-clés: les Fontaines des obligations, de loi, d'autonomie, de responsabilité, de droits fondamentaux et de devoirs constitutionnels.



Iglesia de Santa Bárbara - Mompóx - Colombia
Martín Emilio Hernández Manrique

RESPONSABILIDAD SUPRACONTRACTUAL*

Rodolfo Delgado Gamboa

INTRODUCCIÓN

“La demanda de teoría ha surgido, por una parte, de la docencia del derecho y, por otra, de la praxis misma”¹ (Aunque en ocasiones los dos orígenes se complementen y confundan). El tema que se pretende abordar, el núcleo del problema, tiene un origen, especialmente, práctico. Pues, se trata de dar respuesta, ofrecer cierta concepción de mediana consistencia conceptual, respecto de los efectos de algunos pronunciamientos judiciales de vanguardia² que pueden mostrar un ángulo diferente de la responsabilidad contractual (Es decir, se trata de obtener, como finalidad mediata, un “subproducto de la necesidad que se tomen decisiones sólidas” en el tema de la responsabilidad)

Se pretende, más que nada, “corregir las generalizaciones demasiado extensas por medio del esquema regla/excepción”³, en el ámbito de la responsabilidad

* Este artículo se presenta derivado del proyecto: *Autonomía de la Voluntad: Contratos en el Estado Social de Derecho*. Quinta Convocatoria Interna 2010. Grupo de Investigación Neoconstitucionalismo y Derecho, Facultad de Derecho. Universidad Santo Tomás Bucaramanga –Colombia.

1 LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, d, tr., de Javier Torres Nafarrete, México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 3.

2 Especialmente, de providencias de la Corte Constitucional.

3 Las “teorías del derecho” que surgen en la práctica jurídica o en la docencia del derecho son, junto con los textos del derecho vigente, la forma en la que el derecho se presenta como resultado de las interpretaciones. En este sentido, las interpretaciones son producto de la autoobservación del sistema jurídico, pero no por ello son teorías de reflexión de la unidad del sistema (del sentido del derecho, de su función, etcétera), como para que de allí se extraigan consecuencias que hagan surgir expectativas. Los trabajos llevados a cabo por los juristas “por alcanzar consistencia conceptual, de llegar a la comprobación de los principios, de los conceptos, de las reglas de decisión; esto es, un esfuerzo de “amplificación” y, al interior del sistema esto puede entenderse como trabajo en torno a la justicia y que además se le atribuya un valor -valor que aclara y da sentido al trabajo del jurista. *Ibid.* p, 5-6.

contractual. El objetivo del presente escrito es, pues, a partir de ciertas circunstancias particulares dadas por pronunciamientos de la Corte Constitucional y los lineamientos de una nueva cultura jurídica, bosquejar los elementos que se consideran más importantes respecto de la problemática de las fuentes de las obligaciones por la irrupción de la cultura Neoconstitucionalista y tratar de dar una respuesta, ello mediante la escueta presentación de lo que se puede denominar como: responsabilidad supracontractual. Constituye, pues, una respuesta que permite una especie de “clausura operativa” en materia de responsabilidad, proveniente de la irrupción de la tutela en las relaciones contractuales en aras a proteger derechos fundamentales; lo cual, por razones obvias, modifica aunque se referencie en ellas, las clásicas concepciones de la responsabilidad en derecho privado.

Para dar cumplimiento a la finalidad planteada se utiliza una metodología inductiva. La cual, es reconducida mediante los planteamientos de la cultura jurídica Neoconstitucionalista y contextualizada con nociones dadas en torno a los elementos más generales de la responsabilidad contractual. Para ello, el escrito se divide en tres partes. En la primera, a manera de introducción, se plantea un enfoque de los fundamentos de la responsabilidad y se trata de describir los rasgos principales del Neoconstitucionalismo en Colombia. En la segunda, como marco referencial, se describen algunos elementos relativos al tópico de la responsabilidad en materia privada. Con lo anterior, en tercer lugar, se intenta cumplir el objetivo planteado, o, al menos, presentar una visión sesgada de éste.

Primera parte

Antes de entrar a reflexionar el tema de la responsabilidad se considera trascendental efectuar dos aclaraciones previas, las cuales, pese a que pueden parecer obvias, constituyen un esbozo de uno de los enfoques para estudiar el tema de la responsabilidad. La primera, de carácter fundamentalista, hace alusión a la concepción de justicia en Tomás de Aquino. La segunda, con carácter transformista, hace alusión a cierto proceso de cambio de cultura jurídica que afecta la clásica concepción de responsabilidad.

1.1. En la Suma teológica se estableció una división de la justicia en conmutativa y distributiva. En ese sentido se estipuló que:

“cualquier parte puede ser considerada en una doble relación; una, en la de parte a parte, a la que corresponde el orden de una persona privada a otra, y este orden lo dirige la justicia conmutativa, que consiste en los cambios que mutuamente tienen lugar entre dos personas. La otra relación considerada es la del todo respecto a las partes; y a esta relación se asemeja el orden al que pertenece el aspecto de la comunidad en relación con cada una de las personas; este orden, ciertamente, lo dirige la justicia distributiva, que es la que distribuye proporcionalmente los bienes comunes. De ahí que

sean dos las especies de justicia: la distributiva y la conmutativa.”⁴

Las anteriores concepciones de justicia, se diferencian, principalmente, en las medidas en que se aplican y en las relaciones que regulan. A la justicia distributiva le corresponde una medida proporcional y regula relaciones dadas entre el Estado y los particulares. A la justicia conmutativa le corresponde una medida aritmética y regula relaciones dadas entre los particulares. Es proporcional en la medida en que regula relaciones verticales y trata de la distribución de bienes y riquezas según la preponderancia que tengan las personas en la sociedad. “Esta preponderancia se determina en la comunidad aristocrática por la virtud; en la oligárquica, por las riquezas; en la democrática, por la libertad”. Por tanto, tal justicia no se mide “según la igualdad de cosa a cosa, sino según la proporción de las cosas a las personas, de tal suerte que en la medida que una persona exceda a otra, así también la cosa que se le dé a dicha persona exceda a la que se dé a la otra persona”. Es aritmética en la medida en que regula relaciones horizontales y trata de las transferencias que se realizan entre los particulares, especialmente,

“en la compraventa, en la que se halla primeramente la noción de cambio. Por eso es preciso igualar cosa a cosa, de modo que cuanto éste tenga más de lo suyo, otro tanto restituirá a aquel a quien pertenece. Y de este modo se realiza la igualdad según la media aritmética, que se determina según un excedente cuantitativo igual”⁵.

Las clásicas nociones de responsabilidad en el derecho privado suelen fincar en la noción de justicia conmutativa. Allí se establece de cierto modo la concepción de que todo daño debe ser internalizado. Por ciertas actuaciones tildadas con adjetivos como culpables, ilegales, ilícitas, y hasta injustas, se pueden causar perjuicios que deben ser reparados. La reparación se ve como una conmutación del daño.

Por su parte, la relación de la justicia distributiva con la responsabilidad en materia privada parece no verse de forma tan natural. Pues el campo de la regulación parece aludir de forma diferente a responsabilidad de otro tipo. No obstante, se hace importante principalmente en lo que tiene que ver con la alusión a relaciones verticales de elementos, lo cual se relaciona más adelante. Puede verse como una garantía de que el particular sea reparado, o, como una repartición igualitaria de derechos fundamentales. Puede verse como un enfoque en el cual el Estado debe garantizar que los actos causantes de responsabilidad se les adjudiquen la consecuencia de la reparación en proporciones acordes con el daño causado y con la naturaleza del bien afecto.

4 Tomás de Aquino. *Suma Teológica*. Segunda parte de la segunda. Cuestión 61, artículo 1.

5 Continúa: “así, el número 5 es medio entre 6 y 4, pues excede y es excedido en la unidad. Pues si al principio ambas partes tenían 5, y una de ellas recibe 1 de lo que es propio de la otra, una, es decir, la que recibe, tendrá 6, y a la otra le quedarán 4. Habrá, pues, justicia si se reduce a ambas al término medio, de modo que se quite 1 a la que tiene 6 y que se dé a la que tiene 4; pues de este modo tendrá cada una 5, que es el medio”. *Ibíd.*

La justicia en términos generales no es el único fundamento de la responsabilidad civil. Diversos fundamentos pueden soportar tal concepción. Como por ejemplo: concebirse la responsabilidad como un presupuesto lógico trascendental para la reparación del daño⁶; cuestiones utilitaristas desde el enfoque de Bentham⁷, de donde se extrae que la responsabilidad se fundamenta en la utilidad que puede prestar a la mayoría de los miembros de la comunidad; o en las concepciones rawlsianas⁸, de donde se extrae que la responsabilidad se soporta en la igualdad de respeto y consideración; o en el análisis económico del derecho, donde se revisa la eficiencia del sistema de responsabilidad.

1.2. Con posterioridad a la segunda guerra mundial, el constitucionalismo ha tomado un camino diverso al que venía recorriendo. La forma de concebir la Constitución y, por ende, el derecho se diferencia de la enmarcada dentro del estado liberal. Son ejemplos de este nuevo “tipo de Constituciones los textos fundamentales de Italia (1947) y Alemania (1949) primero, y de Portugal (1976) y España (1978) después. Sin embargo, desde entonces el constitucionalismo no ha permanecido como un modelo estático, sino que ha evolucionado en muchos sentidos.”⁹

Los cambios ocurridos sobre la forma de concebir el constitucionalismo y con ello el derecho, son de tal envergadura que puede predicarse que existe un nuevo paradigma: el Neoconstitucional. Esta nueva forma de concebir el derecho tiene una estructura compleja y naturaleza variada, pues del Neoconstitucionalismo puede decirse que existen muchas versiones; no obstante todas coinciden en ser una concepción distinta a la del estado liberal.

Por la heterogeneidad de concepciones, se hace necesario delimitar el concepto de Neoconstitucionalismo, pues:

“desde su utilización inicial por S. Pozzolo, este concepto se ha usado a veces como un cajón de sastre para referirse, de un lado, a algo ya conocido: el constitucionalismo europeo contemporáneo o constitucionalismo de la segunda posguerra, y del otro, para enmarcar las ideas de autores de variadas tendencias que incluso defienden posiciones incompatibles entre sí.”¹⁰

Resulta ser una tarea complicada referirse a un concepto de Neoconstitucionalismo unívoco, que englobe todas aquellas teorías que pueden cobijarse bajo este término. “Es extremadamente difícil hablar de una versión “estándar” de Neoconstitucionalismo, que sintetice lo acaecido en tantos países, durante tantos años”. Pues, en vez de

6 Cfr. DE CUPIS, Adriano, El daño. Teoría general de la responsabilidad civil, Traducción de Ángel Martínez Sarrión, Barcelona: Bosch, 1970, p. 82.

7 Cfr. BUSTAMANTE, Jorge, *Teoría General de la responsabilidad civil*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993, p. 79.

8 Cfr. Rawls, John, La Justicia como Equidad; Madrid: Paidós, 2002.

9 CARBONELL, Miguel. *Teoría del Neoconstitucionalismo, Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007. p. 10.

10 BERNAL, Carlos. *El Neoconstitucionalismo a Debate*. Bogotá: Universidad Externado. 2007. p. 29. En el mismo sentido BERNAL, Carlos. *El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado. 2009.

ostentar una claridad meridiana, el término es más bien equívoco que unívoco. Tanta heterogeneidad es, sin duda, un argumento que, en aras de la claridad y de la consistencia conceptual, desaconseja el uso de la categoría¹¹. No obstante, acá se toma una posición optimista de ese concepto. Según la cual es posible limitar el concepto de Neoconstitucionalismo. En el presente escrito el término se utiliza de forma delimitada para referirse a aquella forma de Neoconstitucionalismo, mediante la cual los derechos fundamentales encuentran una connotación fuerte¹². Los preceptos constitucionales, y en especial los derechos fundamentales, ostentan la capacidad de irradiar el ordenamiento jurídico y condicionar la legislación y los actos de los particulares; pueden ser aplicados de manera directa por el juez, no siempre necesitan desarrollo legal, porque están jerárquicamente en un nivel superior al de la ley: ostentan fuerza normativa. A esos efectos se consideran representativos, de tal concepción lo descrito al respecto por Nipperdey, Susana Pozzolo¹³, Robert Alexy¹⁴, Prieto Sanchis y Carlos Bernal Pulido¹⁵, quienes, al parecer, se acomodan más a la concepción que acá se ha tomado.

Estas concepciones Neoconstitucionalistas se contrastan con los caracteres de las nociones del Estado liberal. En éste primaba el dejar pasar y el dejar hacer, con un estado ausente¹⁶. Las leyes y la autonomía de la voluntad eran los principales

11 Ibidem.

12 En general, podría decirse en este sentido: “Los derechos fundamentales se conciben en una doble cualificación de los derechos fundamentales. Se conciben, por un lado, como derechos subjetivos de libertad, que hacen parte de la esfera jurídica de su titular individual y, por otra parte -y al mismo tiempo-, como las objetivas de principio (objective Grundsatznormen) y decisiones lógicas (Wertentscheidungen) que tienen valor para todos los ámbitos del derecho. (...) Esta doble cualificación, en la cual los dos elementos coexisten en una tensión, es el resultado de la implantación de la denominada teoría normativa, que redundará en una ampliación del contenido de los derechos fundamentales. Los cuales no se limitan a actuar en la relación del individuo el poder público, sino que, como valores supremos que rigen para todo el ordenamiento jurídico, también informan las relaciones recíprocas entre particulares, y limitan la autonomía privada, al mismo tiempo que fungan como mandatos de actuación y deberes de protección para el Estado. Pero más allá de la contribución jurisprudencial y doctrinal, factor decisivo, como se expondrá posteriormente, en dicha evolución, hay que buscar: el contenido mismo de las constituciones de la posguerra el origen de una información de tal magnitud. En efecto, la caracterización de la Constitución como “ley superior”, con fuerza normativa propia, dentro de la que juegan un papel determinante derechos fundamentales, que gozan, a su vez, de una posición reforzada (...)” ESTRADA, Alexey. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, primera edición mayo de 2002. p. 66.

13 POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad en la interpretación constitucional*. Doxa, Vol. 21-II.

14 ALEXY, Robert, *El Concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 2004. ALEXY, Robert, *Teoría del Discurso y los Derechos Humanos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004.

15 BERNAL, Carlos. *El Neoconstitucionalismo y la normatividad en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009. BERNAL, Carlos. *El Neoconstitucionalismo a Debate*. Bogotá: Universidad Externado. 2007. BERNAL, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005.

16 Cfr. SOTO, Carlos Alberto, y MOSSET, Jorge. *El Contrato en una economía de mercado*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 2009, p. 21.

cimientos del orden jurídico. Las leyes eran el principal elemento de sometimiento. Se creía que en éstas se agotaba el derecho. No había más derecho por fuera de ellas. A esto se agregaba que la autonomía de la voluntad privada constituía el mejor instrumento para solventar las relaciones entre los privados¹⁷. Ello se debía a que, se partía de la premisa según la cual “ningún ser humano razonable prestaría su consentimiento a compromisos que le ocasionaran perjuicio y tampoco sería injusto consigo mismo”; en este sentido se afirmaba “*qui dit contractuel dit juste (quien dice contractual dice justo)*”¹⁸. En desarrollo de la autonomía de la voluntad se le entregaba al particular cuatro facultades principales en torno al tema de los contratos. Se decía, en primer lugar, que los privados eran libres de decidir si contrataban o no, en segundo lugar, se decía que los privados eran libres de decidir con quién contratar, en tercer lugar, se decía que los privados eran libres de decidir sobre el contenido del contrato, en cuarto lugar, se decía que los privados eran libres de decidir sobre la terminación del contrato.

Por la traslación y exportación de culturas jurídicas, las concepciones clásicas del liberalismo fueron recibidas en la mayoría de los sistemas jurídicos de Latinoamérica. El sistema colombiano es heredero de las concepciones clásicas del liberalismo. Y, además, en él puede verse el tambaleo de los elementos característicos del estado liberal por la irrupción del Neoconstitucionalismo, por el proceso de constitucionalización del derecho positivo¹⁹.

La concepción del Neoconstitucionalismo ha hecho mella en el ordenamiento jurídico interno, principalmente, por disposiciones constitucionales, prácticas jurisprudenciales y desarrollos teóricos. Revisar cada uno de estos elementos no es lo propio del presente escrito. Más bien se considera suficiente con señalar lo trascendente del cambio de Constitución y las prácticas de la Corte Constitucional.

La concepción actual de la Constitución de 1991, y, en especial, la de los derechos fundamentales, se nota de manera más clara, si se le ve en contraste con el enfoque

17 En este periodo el ordenamiento jurídico otorgaba a los hombres determinada libertad para que se comportaran “de acuerdo con su propio criterio, para obrar de conformidad con los dictados de su razón”. No obstante, el uso de la libertad conllevaba ciertas responsabilidades irrestrictas. El fracaso y el triunfo de los asuntos del hombre le eran imputables al ejercicio de su libertad. “El sujeto debía pagar con riesgos inexorables el precio del ejercicio de la libertad, fin de los fines”. La indigencia era el precio de las malas decisiones, del mal uso de las libertades concedidas; el estatus social alto, en contrapartida, era la recompensa al buen uso de sus libertades.

18 Sentencia de la Corte Constitucional C 347 de 2006.

19 El Neoconstitucionalismo, para Guastini, se caracteriza por ser un proceso de constitucionalización del derecho que se da en diferentes grados y cuenta con siete elementos que lo individualizan, estos son: la existencia de una Constitución rígida que incorpora los derechos fundamentales; la garantía jurisdiccional de la Constitución; la fuerza vinculante de la Constitución; la sobre interpretación de la Constitución; la aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares y la interpretación adecuada de las leyes y la influencia de la constitución en las relaciones políticas. Luego, esos elementos mencionados pueden fácilmente sintetizarse en una sobreestimación de la constitución y de los derechos fundamentales y su fuerza expansiva a todo el orbe jurídico.

del cual era portadora la Constitución de 1886. Una simple constatación de los postulados trascendentes de la antigua Constitución con los de la actual, sitúa de relieve la concepción Neoconstitucionalista de la Constitución Política de 1991.

La Constitución de 1886 era portadora de una concepción débil de derechos fundamentales. Los derechos fundamentales establecidos en la constitución eran simples catálogos de tipo eidético, sin fuerza normativa. Por tanto, su principal función era legitimadora²⁰; en aquella constitución “los derechos fundamentales apenas ocuparan una posición secundaria ya que no eran directamente exigibles ante los jueces”²¹. La falta de fuerza normativa de los derechos fundamentales se condensaba en que la aplicación de éstos se veía supeditada a su desarrollo legislativo. Esta restricción devenía de las mismas disposiciones constitucionales, las cuales insertaban cláusulas en los derechos fundamentales tales como: “por motivo previamente definido en las leyes”²², “en los casos y dentro de los precisos términos que señale la ley”²³, “Sólo impondrá el Legislador”²⁴, “con arreglo a las leyes”²⁵, y otras expresiones similares, que delegaban la especificación de tales libertades al legislador. Así pues, “siguiendo el constitucionalismo francés del siglo XIX, la Ley definía el alcance e intensidad de los derechos sin que fuera posible reclamarlos mediante invocación explícita y directa de los textos constitucionales. Los derechos fundamentales, por tanto, sólo podían funcionar a través de las leyes”²⁶. La potestad de hacer leyes residía en el Congreso, de conformidad con el artículo 58 y 76 de la Constitución Nacional. Éste era el órgano encargado de estipular y especificar los derechos fundamentales para ser aplicados judicialmente; caso contrario, ante la omisión legislativa no existía forma de hacer valer judicialmente los fundamentales²⁷.

20 “Los derechos fundamentales resultan ser concebidos de una forma “hasta entonces totalmente desconocida: eran reducidos a fundamentos legitimadores del Estado sin ninguna eficacia normativa.” Estrada, Alexey. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, primera edición mayo de 2002. p, 55.

21 LÓPEZ, Diego. Interpretación Constitucional. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Segunda edición, 2006. p, 5.

22 Artículo 23 de la Constitución Nacional de 1886

23 Artículo 27 de la Constitución Nacional de 1886

24 Artículo 29 de la Constitución Nacional de 1886

25 Artículo 31 de la Constitución Nacional de 1886

26 LOPEZ, Diego. *Interpretación Constitucional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Segunda edición, 2006. p, 6

27 Ésta situación de la Constitución de 1886 se mantuvo en este sentido hasta inicios del siglo XX. Donde se efectuaron “algunos ajustes que permitieran la racionalización del ejercicio del poder (...) y, fundamentalmente, sobre la base del respeto a la constitución”. Pues, a partir del Acto Legislativo 3 de 1910 se le confió a la Corte Suprema de Justicia la competencia para declarar inconstitucionales leyes expedidas por el Congreso de la República”. Luego, “se le otorgó en nuestro territorio competencia a uno de los órganos del Estado para la guarda de la integridad de la Constitución”. Esta competencia se radicó principalmente en lo establecido en los artículos 40 y 41 de dicha modificación constitucional: el primero le daba prevalencia a la Constitución y el otro fundamentaba la creación de la Corte Constitucional.

El principal elemento del derecho lo constituía la ley. La cual, al igual que en el periodo francés posrevolucionario, era complementada con la autonomía de la voluntad. Empero, hace falta matizar las anteriores manifestaciones. Pues, si bien tales constituían la regla general, existió un periodo en el cual la ley y la autonomía de la voluntad fueron ablandadas por la existencia de ciertos principios en el ordenamiento jurídico. Tal periodo fue constituido por la famosa “Corte de Oro”²⁸, la cual, por vía jurisprudencial alegó y aplicó la existencia de ciertos principios en el ordenamiento jurídico. Los principios que más se pueden destacar de ese periodo son: la imprevisión, la buena fe, la prohibición del abuso de los derechos, el error común y el fraude a la ley; los cuales eran considerados como principios intrasistémicos²⁹. Tales nociones provenientes de concepciones alemanas modernas y de la resistencia antiformalista francesa, permanecieron “después de dicho lapso, latentes para ser redescubiertas a partir de la vigencia de la Constitución de 1991 con renovados bríos”³⁰.

La concepción fuerte de la Constitución y, en especial, de los derechos fundamentales mediante la cual éstos ostentan la potestad de irradiar el ordenamiento jurídico y condicionar situaciones que otrora regulaba la ley o estaban sometidos al arbitrio de los privados, comenzó a surgir en el ordenamiento jurídico interno a raíz, especialmente, de la Carta de 1991 y de las prácticas de la Corte Constitucional.

Así pues,

“los textos constitucionales y muy en particular aquellos en los que se consagran derechos fundamentales de las personas, se han convertido en principios y reglas directamente aplicables a todo tipo de conflictos jurídicos a resolver por los jueces y funcionarios administrativos en Colombia.”³¹

“Esta especial caracterización de los derechos fundamentales se encuentra expresada, principalmente, en los artículos 4º, 5º y 86º del texto colombiano”.

La supremacía de la Constitución da prevalencia a los fundamentales, la existencia de inalienabilidad de los derechos les otorga plus de permanencia, y la presencia de un mecanismo expedito para hacerlos valer les da una primaria garantía. Es decir, la Constitución es concebida como norma de normas, resaltándose así el hecho de su superioridad sobre las demás disposiciones del ordenamiento jurídico, dotándosele además de carácter normativo, mediante el cual puede ser aplicada, en alguno de sus apartes, de forma directa por los jueces sin necesidad de desarrollo legal. La primacía de los derechos inalienables de las personas, otorga un estatus trascendente

28 Se llamó Corte de Oro al periodo de la Corte Suprema de Justicia que existió entre 1930 y 1940.

29 Respecto de los principios intrasistémicos puede verse la sentencia de la Corte Constitucional C 083 de 1995.

30 Ibid, p. 7.

31 LÓPEZ, Diego. *Interpretación Constitucional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Segunda edición, 2006. p. 7.

a la concepción de persona y sus derechos fundamentales, los cuales se conciben con fundamento en la dignidad humana³². La acción de tutela es un mecanismo expedito y sumario que las personas ostentan para acudir al juez ordinario para reclamar de manera directa, ya no por intermedio de la ley, la protección a sus derechos fundamentales dados por la Constitución.

Las anteriores concepciones han sido desarrolladas, sobreinterpretadas y dotadas de vinculatoriedad por la Corte Constitucional. Ésta les ha impreso amplios contenidos; el sentido y el alcance de los derechos fundamentales ha sido expansionista. Tales concepciones han sido ratificadas en múltiples providencias, donde se ha reiterado de diversos modos las amplias garantías a los fundamentales. Dentro del uso de diferentes mecanismos, como sentencias de control abstracto, unificación, tutela, con efectos *inter pares* o *inter comunis*, la Corte ha tratado, de manera directa o indirecta, de hacer obligatorio su visión de los derechos fundamentales.

Se ha generado un ambiente en las prácticas judiciales según la cual los derechos fundamentales, dotados de amplios contenidos, ostentan un papel relevante en el ordenamiento jurídico, son una fuente inmediata de derecho (aunque en algunas ocasiones ello se ha llevado a cabo por concepciones tales como los deberes constitucionales). Frente a los derechos fundamentales, la ley, los actos administrativos, y los contratos tienen que ceder.

Ese proceso de constitucionalización ha afectado a las distintas áreas del derecho. El derecho civil, comercial, laboral, penal y administrativo han sufrido ricas variaciones. En derecho privado, por ejemplo, los clásicos conceptos que giraban alrededor del contrato, como la autonomía de la voluntad, la estabilidad del negocio, el principio de relatividad, se ven de forma matizada. La concepción general al cambiar imprime sus cambios a las partes que la conforman. El todo referencia los alcances y relaciones de las partes.

Segunda parte

2.1. Comúnmente cuando se comienza a tocar el tema de la responsabilidad civil se hace un escueto esbozo de los anales del tema. Se suele hacer una cadena de tres eslabones más o menos bien marcados. Se principia a hablar de concepciones triviales de los clanes donde la venganza se hacía importante; se dice, también, que algunos de los aspectos de lo que conforma hoy la responsabilidad civil y penal se confundían. Se citan las primarias regulaciones positivas sobre el tema: el código de Hamurabi, las leyes del Manú y la Biblia, como antecedentes remotos. De forma más cercana, en segundo lugar, se revisan las “Doce Tablas”, el “Corpus” de Justiniano, se trata de hacer ver la evolución de estas concepciones más elaboradas, en especial los adelantos en materia de culpa y de responsabilidad extracontractual. El tercer

32 Ver en este sentido a la Corte Constitucional en la sentencia T 881 de 2002.

eslabón común sobre el tema de la responsabilidad se cimienta en el código francés del siglo XIX y en las elucubraciones que al respecto hicieron Domat y Pothier sobre los avances en materia de culpa y de clasificación de responsabilidad.

No obstante, especificar las principales características de los periodos signados, desbordaría el objeto del presente escrito. Tales periodos y las especificidades de cada uno de ellos ceden el paso a la descripción escueta de los principales elementos de la responsabilidad que acá se traen a colación. Cuando se refirió que la justicia conmutativa constituía uno de los fundamentos de la responsabilidad civil, ya desde esa óptica, parecían simples los elementos generales que se consideran tópicos en materia de la responsabilidad. Se podría inferir de allí la necesidad de existencia de una trilogía de supuestos generales³³: un hecho o acto que causaba un perjuicio. El primero, refiere a la existencia de hechos o actos que deben ser calificados como ilícitos o culpables. El segundo, refiere a la existencia de un daño o un perjuicio. El tercero, a la existencia de un nexo causal entre el hecho o el acto y el perjuicio o daño.

Sobre la especificación de cada uno de los elementos ha corrido tinta y se puede encontrar voluminosos catálogos bibliográficos y anales de jurisprudencia. Un análisis profundo de cada uno de tales elementos no se hace necesario para lo que acá se quiere mostrar. Simplemente, a continuación, se señalan los aspectos más elementales de cada uno de ellos; que, por demás, se advierte no son del todo pacíficos.

Así pues, sobre los hechos o actos generadores de responsabilidad se dice o que tienen que ser ilícitos o culpables. Nótese que, *prima facie*, tal concepción puede dar lugar a cuatro supuestos: hechos ilícitos, actos ilícitos, hechos culpables, o actos culpables. El alcance de cada uno de los supuestos se determina por las concepciones de acto y de hecho que se tengan, así como por las nociones de Ilícitud y culpabilidad que se tomen. Tales nociones deben ser coherentes y responder a una concepción sistémica, si se quieren evitar conflictos fútiles. Por ejemplo, entender la ilicitud como el género que englobaría en últimas la culpabilidad y las demás.

En las elucubraciones presentes la diferencia entre hecho y acto, de manera escueta y sin entrar a analizar de fondo nociones como la conciencia y la voluntad, la naturaleza, la estructura social, la finalidad y demás, se da en el sentido que los hechos jurídicos se toman sin contexto de cualquier contrato, en cambio los actos se refieren a un contrato específico. Lo anterior sirve para, de manera algo tosca comenzar a deslindar los espacios de la responsabilidad civil contractual y la extracontractual.

Se dice que un acto o hecho es ilícito por cuanto contraviene el orden jurídico. El

33 Privado, concretamente del derecho de las obligaciones y de los contratos, que estudia los hechos, acciones u omisiones que generan daños o perjuicios a las personas, y contrarian o incumplen el orden jurídico, el que se compone de las normas jurídicas de carácter general, como la constitución o la ley, y de las normas jurídicas de carácter particular, como son los actos o negocios jurídicos, entre esos el contrato o convención. En general, la responsabilidad civil se conoce en la doctrina como “el hecho ilícito”.

cual, está integrado por la Constitución (el bloque de constitucionalidad, la ley, los decretos y demás actos de carácter administrativo, o los negocios de los particulares). Se dice que es culpable por cuanto no se obra con la diligencia solicitada, la conducta desplegada por la persona a la cual se le imputan no es acorde con lo esperado. Fácilmente se ve que tales parámetros no parecen ser claros, puede pensarse que la culpabilidad está dentro de la ilicitud. Empero dentro de la ilicitud, pueden existir situaciones en las cuales sea independiente la culpabilidad. La ilicitud y la culpabilidad pueden predicarse de actos positivos o de omisiones. Lo cual daría razón a cuatro hipótesis.

Para clarificar las cosas, saltándose los principales embrollos, puede tenerse al primer elemento de la responsabilidad, como una situación generadora de un cambio de estado de cosas, la cual: o crea, extingue, hace permanecer estable o impide que aparezca una situación jurídica. La cual puede darse por acción u omisión. Con o sin independencia de la voluntad – y la conciencia- del agente. Y, puede ser calificada de ilícita o culpable³⁴.

Sobre el daño, pueden decirse dos cosas importantes, una sobre el objeto del daño y la otra sobre los supuestos del daño. En primer lugar, se establece que el daño puede recaer sobre la persona directamente o sobre sus cosas. Recae sobre la persona cuando afecta su vida o su integridad física, bien sea de forma material, psicológica o de disfrute. Esta afectación puede ser directamente respecto de quien alega el daño o respecto de una persona en relación a la cual puede alegar el resarcimiento del daño. Recae directamente sobre los bienes cuando afecta el patrimonio, los bienes reales o personales. Las anteriores clases de daños generalmente se insertan bajo los rótulos de perjuicios morales y materiales, estos últimos a su vez, se subdividen en daño emergente y lucro cesante; por adelantos, de carácter más jurisprudencial que legal, ha tomado fuerza la consideración de perjuicios de vida en relación³⁵. De manera casi exclusiva, bajo estos tres conceptos ha girado la diagramación del daño causado por el hecho o el acto ilícito o culpable. En segundo lugar, se dice que el daño tiene que ser cierto y directo. Ciertamente en cuanto sea un perjuicio que puede comprobarse que existió, que no es algo imaginario. “Es menester que se haya producido una afectación real del patrimonio económico o moral de una persona”. Directo en cuanto es producto del acto generador. El perjuicio se hubiese generado sin ninguna duda por causa del hecho o conducta culpable, culposa o dolosa.³⁶

En alusión al nexo causal se ha tratado de establecer que para que pueda servir de puente entre el hecho o acto y el perjuicio debe reunir ciertas calidades. En este sentido,

34 Lo cual da lugar a treinta y dos supuestos diferentes, que serían un campo interesante de investigación en la responsabilidad.

35 Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, del 13 de mayo de 2008 y del 20 de enero de 2009.

36 ISAZA, José. *Introducción a la responsabilidad civil*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2009, p. 29.

se considera que el daño debe ser próximo, determinante y adecuado. Próximo alude a la cercanía espacio-temporal entre el supuesto causal y la consecuencia. Podría ser más fácil definir tal con su contrario, o sea, próximo significa que no debe existir una lejanía entre los elementos de la relación;

“de manera que no puedan tomarse en cuenta causas remotas que en términos reales no contribuyen a la generación del daño. Precisase que la cercanía tampoco puede exigirse como una inmediatez absoluta, porque puede haber un encadenamiento de varias causas con relativa distancia que pueden llevar al daño, como unas lesiones que no causan la muerte de inmediato pero que sí pueden conllevarla tiempo después, a pesar de que se tomen las medidas apropiadas para su curación”³⁷.

La determinación que se predica del nexo causal significa que sea un supuesto suficiente para producir el daño; “De esa manera, aunque puedan concurrir varios hechos, debe considerarse como determinante el que ha contribuido en mayor grado o más activamente para la causación del daño”³⁸. La adecuación alude a que “el hecho, o la conducta culpable o riesgosa, debe ser apto, apropiado o adecuado para causar el daño, y por eso deben excluirse los hechos o conductas que carezcan de idoneidad para esos efectos.”

2.2. La responsabilidad suele clasificarse de diversas formas según los referentes que se tomen. Se considera importante, en primer lugar, la clasificación según la materia o la rama del derecho a la cual se adscriba la responsabilidad. O, en palabras más precisas, según la naturaleza de las relaciones jurídico-sustanciales a que den lugar. Puede decirse, en este orden de ideas, que existe responsabilidad en el ámbito penal, en el derecho privado, en la esfera administrativa y laboral, entre otras.

En el derecho privado comúnmente se toma para clasificar la responsabilidad un criterio de origen. Según el criterio de origen la responsabilidad puede ser contractual y extracontractual. La diferenciación entre las dos clases de responsabilidad alude principalmente a si el origen de la responsabilidad está fincado en un contrato o por fuera de éste. Lo cual, además, trae implicaciones importantes que ayudan a diferenciar los dos tipos de responsabilidad. Como por ejemplo: existe una regulación legal diferente, la graduación de la culpa, la titularidad de la acción, las clases de obligaciones, y las pretensiones de la demanda.

En el campo de la responsabilidad contractual puede establecerse a la temporalidad como referente de sus concepciones clásicas de clasificación³⁹. Lo cual trae como consecuencia que, aunque debatido, puede hablarse de concepciones tales como

37 Cfr. p. 50

38 Ibid. p. 51

39 Tradicionalmente, se ha clasificado la responsabilidad civil en contractual y extracontractual. Desde otra vertiente se ha dicho que la clasificación completa comprende las responsabilidades precontractual, contractual, poscontractual y extracontractual, tesis que expuso el profesor Álvaro Pérez Vives.

la responsabilidad precontractual, responsabilidad contractual y responsabilidad poscontractual.

2.3. Los elementos generales de la responsabilidad, antes signados, se encuentran presentes en la responsabilidad contractual. Pues, ésta es una especie de aquella. Empero, se hace necesario efectuar algunas presiones acerca de los elementos específicos, o la especificación de éstos, en el tema de la responsabilidad contractual.

LLambias⁴⁰, establece que los elementos de la responsabilidad contractual son: 1) Incumplimiento del deudor; 2) culpa o dolo del deudor; 3) daño sufrido por el acreedor; 4) relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño. De forma general, la principal diferenciación que existe en estos cuatro requisitos y los tres de la responsabilidad en general no es del todo clara. Simplemente, podría decirse que la principal diferencia consiste en la disgregación del primer requisito general en dos. El acto o hecho ilícito o culpable, se divide en: el incumplimiento mediante culpa o dolo.

De forma más específica la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil⁴¹, dispuso que los requisitos generales de la responsabilidad contractual son: 1) la existencia de un contrato; 2) el incumplimiento; 3) el daño y; 4) el nexo de causalidad. La principal diferencia entre ésta concepción y la general y la de Llambias, consiste en establecer de manera explícita (pues la de Llambias lo hace de manera implícita) la existencia de un contrato como un elemento necesario de la responsabilidad contractual.

El beneficio o el perjuicio de lo explícito no siempre está del todo claro. No obstante, en aras a describir el fenómeno con pretensión de completud, en seguida, se establece una concepción que se cree engloba los principales elementos de la responsabilidad contractual. Se establece una concepción diádica de los elementos de la responsabilidad en: supuestos determinantes y supuestos determinados.

Los supuestos determinantes son aquellos requisitos que de manera activa presuponen lo necesario para la existencia de responsabilidad contractual. Entre ellos están: 1) el contrato. 2) la existencia de obligaciones respecto la parte a la cual se le reclama la responsabilidad, devenida del contrato, la ley o algunos principios, 3) el incumplimiento de una de esas obligaciones y 4) la no existencia de elementos que avalen el incumplimiento. Para hablar en sentido estricto de responsabilidad contractual, resulta necesaria la existencia de un contrato, como una de las causas necesarias para que se dé este tipo de responsabilidad. Además, se hace necesario que ese contrato otorgue ciertas obligaciones a la parte respecto de la cual se alega la responsabilidad (Pues, por las clases de contratos puede que este sea bilateral desde el punto de vista de las partes pero no de las obligaciones). Tales obligaciones pueden venir directamente del contrato por haber sido acordado de esa manera, o, de la ley como cláusulas imperativas o naturales, o, inclusive, por principios como la buena fe o el no abuso del derecho. Asimismo, huelga que la parte a la cual se le otorgó la

40 Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones. Buenos Aires: Ediciones Perrot. 1967, p. 109.

41 La Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, sentencia del 9 de marzo de 2001.

obligación no la cumpla, o la cumpla imperfectamente o retarde su cumplimiento⁴². Y, que no exista ninguna habilitación legal o contractual que avale el incumplimiento contractual como, por ejemplo: cuando la ley autoriza a no cumplir cuando la otra parte no ha cumplido, o cuando las partes eximen de cumplimiento a alguna de ellas o a ellas, en determinadas circunstancias, o por la utilización de cláusulas exonerativas o modificativas de la responsabilidad.

Los supuestos determinados son aquellos requisitos que de manera pasiva son repercutidos por los supuestos determinantes, y se hacen necesarios para la existencia de responsabilidad contractual. Estos supuestos son: 1) la existencia de un derecho contractual, devenido del contrato, la ley o algunos principios 2) la afectación del derecho por el incumplimiento de la obligación correlativa al derecho. Los elementos determinados parten de la existencia de un derecho contractual correlativo al de las obligaciones referidas en los elementos determinantes. Pues, aunque no es del todo claro pueden darse el caso de que existan obligaciones sin el correlativo derecho⁴³. Igualmente, se requiere que el derecho, correlativo a la obligación contractual de los supuestos determinantes, sea afectado. Afectación que en los contratos puede darse, como ya se mencionó, por incumplimiento, incumplimiento imperfecto o retardo. Por su parte, el nexo causal no se ve como un elemento diferente a los supuestos determinantes y determinados, sino como una parte de los supuestos determinados que hace que éstos devengan de los determinantes; son supuestos determinados en tanto han sido condicionados por los determinantes; tal nexo es de carácter implícito.

2.4. “Se entiende por responsabilidad precontractual la que puede producirse durante los tratos negociales previos”. Se traduce en la responsabilidad que se origina “cuando se causa daño a la persona o bienes de otro en el curso de la formación de un contrato”⁴⁴. O, en otras palabras, esta clase de responsabilidad se entiende como “como la obligación de resarcir un daño causado por uno de los eventuales futuros contratantes a otro con motivo de las tratativas a la celebración de un contrato.”⁴⁵

La responsabilidad precontractual en derecho privado se debe revisar en dos contextos diferentes. El uno alude al asunto en materia civil, y, el otro, en materia

42 Debe existir un contrato “Aparte de lo anterior, siendo válido el contrato no hay duda en cuanto a la responsabilidad en caso de incumplimiento de las obligaciones, y éste puede ser a) por incumplimiento simple; b) por cumplimiento imperfecto; y c) por retardo o mora en el cumplimiento. Ver en este sentido el artículo 1608 y subsiguientes del Código Civil.

43 Hohfeld, W. N. Conceptos jurídicos Fundamentales, México: Distribuciones FONTAMARA, quinta reimpresión, 2004.

44 SAAVEDRA Galleguillos, Francisco, artículo “La responsabilidad durante los tratos negociales previos”, en Revista “LEX ET VERITAS”, de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Internacional SEK (Santiago, Editora Metropolitana, año 2004), Vol. 2, p. 91.

45 PICASSO Sebastián, artículo “La responsabilidad pre y post contractual en el Proyecto de Código Civil de 1998”, publicado en http://www.alterini.org/tonline/to_psl.htm (citado el 28 de febrero de 2006). El trabajo está referido al Proyecto de Código Civil argentino, que unifica en el mismo tanto las materias civiles como mercantiles.

comercial. En materia Civil, el Código de 1887, siguiendo al de Bello de 1857 y al Francés de 1804, no trató de manera explícita la etapa de la fase precontractual. Lo cual, “incluso en la teoría clásica de las fuentes de las obligaciones no fue considerado como tal (Art. 1494 del C.C.), y fue tardía la regulación de algunas figuras, como la promesa de contrato y la opción (ley 153 de 1887, Art. 89 y ley 51 de 1918, Art. 23)”^{46, 47}. Por lo cual, las más importantes concepciones sobre la materia se han dado, al no existir un instituto completo sobre la temática, en torno a principios tales como la buena fe y el abuso del derecho (aunque como se refiere más adelante, el artículo 1611 del Código Civil, regula la promesa de contrato). La buena fe es entendida como: la exigencia de un actuar recto, “con entera lealtad”⁴⁸, honesto; para el caso, en el evento en que se estén proyectando actuaciones tendientes a la celebración de un contrato⁴⁹. Esta concepción de buena fe puede verse en dos vertientes: como obligación de actuar de esa manera y como derecho a esperar que las demás personas se comporten de esa manera. El abuso del derecho es entendido como: una actuación que trata de sacar ventaja excesiva de las prerrogativas dadas por el derecho; es decir, que no reconozca la relatividad de los derechos⁵⁰. “La jurisprudencia ha considerado varias formas de abuso del derecho, entre las cuales pueden recordarse el embargo en exceso de bienes del deudor (Cas. De 30 octubre 1935, XLIII, 313; 9 abril 1942, LIII), 302), la temeridad en la denuncia criminal (Cas., 5 de agosto 1937, XLV, 419), y cuando se abusa del derecho a litigar (Cas., 22 de junio de 1943, LV, 550)”⁵¹.

Las concepciones acerca de la responsabilidad precontractual por infracción a la buena fe o por el abuso del derecho no son requisitos copulativos. De manera independiente cada uno de ellos puede hacer nacer la obligación de reparar los daños causados. Tales infracciones generadoras de responsabilidad dan lugar al cobro

46 ISAZA, José. *Introducción a la responsabilidad civil*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2009, p. 29.

47 Quizás había desconfianza del legislador en los problemas que podría traer la regulación de esa etapa, acaso por sospechar que podía ser fuente de muchos conflictos, como en efecto suele ocurrir y, por eso, era mejor desconocer todo lo anterior al contrato y disciplinar éste, salvo algunas hipótesis previas como las ya mencionadas, y ciertas formas de culpa anterior al contrato (culpa in contrahendo), como la referida en el inciso segundo del artículo 1512 del C.C.” *Ibidem*.

48 La buena fe se entiende como obrar “con entera lealtad”. Ospina Fernaández, Guillermo, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis, Sexta edición, 2000. p. 327.

49 Se aclara que estas concepciones de la buena fe también se dan en las demás etapas del contrato, o ya en las etapas de celebración y ejecución del contrato mismo.

50 La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de febrero de 2008, desde otrora estableció: A la antigua concepción rígida de los derechos individuales, opónese hoy la teoría de su relatividad, que conduce a admitir el posible abuso de los derechos, aun de los más sagrados. Según esta teoría, cada uno de los derechos tiene su razón de ser, y su misión que cumplir; cada uno de ellos persigue un fin del cual no le es dado desviarse a su titular. Los derechos son dados para la sociedad, a la cual sirven, más que al individuo; por lo tanto, no son absolutos sino relativos.”

51 ISAZA, José. *Introducción a la responsabilidad civil*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2009, p. 35

de perjuicios por concepto de interés negativo o de confianza. Pues, la persona perjudicada por el desmorone, que tuvo como intermediario los dos productores referidos, “puede pedir la indemnización acorde con el denominado interés negativo o de confianza, es decir, para resarcir el perjuicio negativo surgido por haber depositado la confianza en la negociación proyectada”⁵². La indemnización por tales daños debe ser de carácter integral. Otrora se decía que comprendía el daño emergente y el lucro cesante, devenidos, respectivamente, de los gastos ocasionados en las tratativas previas o aquellos estipendios dejados “de percibir en razón de las actuaciones precontractuales que no progresaron debido al retiro injustificado de la otra parte, este último teniendo en cuenta, obviamente, que no se trata del lucro cesante por incumplimiento de la propia relación negocial proyectada”⁵³.

En materia comercial puede verse una regulación más expresa de los asuntos que pueden considerarse como generadores de responsabilidad precontractual. Se ratifica expresamente lo relativo a la infracción a la buena fe y el abuso del derecho como circunstancias generadoras de responsabilidad (donde puede inmiscuirse la responsabilidad precontractual), y se establecen ciertas figuras jurídicas que pueden tenerse como elementos que eventualmente constituyen responsabilidad precontractual. De conformidad con el artículo 863 del Código de Comercio, uno de los participantes de tratos precontractuales si actúa de mala fe, puede incurrir en responsabilidad, de la que se ha referido como precontractual. El artículo 830 del estatuto mercantil, establece que: “el que abuse de sus derechos” “estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause, norma que hace parte de las reglas generales sobre las obligaciones mercantiles.” Las figuras jurídicas que se han utilizado como instrumentos que pueden dar lugar a la denominada responsabilidad precontractual en el ámbito comercial son: la oferta, la aceptación y la promesa.

La oferta está regulada en el artículo 845 del Código de Comercio y subsiguientes. “La oferta es la invitación a celebrar una convención”⁵⁴. Es un negocio unilateral. “Es decir, no es un contrato, porque se trata de una declaración unilateral de voluntad sobre un proyecto de negocio, que sólo obliga al que la emite y debe comunicarse al destinatario.” Debe ser un proyecto de negocio serio y completo. Debe comunicarse al contratante. Es vinculante para quien la formula, de conformidad con el 846. La oferta debe ser aceptada expresa o tácitamente.

El pacto de preferencia está regulado en el artículo 862 del estatuto mercantil. Según tal disposición una parte “se obliga a preferir a la otra para la conclusión de un contrato posterior, sobre determinadas cosas, por un precio fijo o por el que ofrezca un tercero, en determinadas condiciones o en las mismas que dicho tercero proponga, será obligatorio” (inciso 1), y no puede estipularse por término superior

52 Ibidem

53 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 23 de noviembre 1989

54 Ospina Fernández, Guillermo, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Bogotá: Editorial Temis, Sexta edición, 2000. p, 126

a un año (inciso 2).”Es un contrato bilateral, aunque solo se obliga una parte. Debe reunir los mismos requisitos necesarios para perfeccionar cualquier contrato. En ella “debe fijarse un plazo o condición que indique el tiempo dentro del cual se hará la opción”⁵⁵ Es un acuerdo preliminar para preparar un contrato futuro. Puede generar responsabilidad de conformidad con las reglas de la buena fe y el abuso del derecho.

La promesa de celebrar contrato puede verse en dos campos diferentes: en el civil y en el comercial. En el Civil, está regulada en el artículo 1611. Para que la promesa surta obligaciones debe reunir cuatro requisitos concurrentes: constar por escrito, estar determinada, reunir los requisitos generales de los contratos, y ostentar plazo o condición. En el ámbito comercial, la posición dominante, fincada, especialmente en el artículo 861, afirma que la promesa comercial es de carácter consensual, lo cual sería la principal diferencia con la responsabilidad en materia civil, donde se tiene al contrato como solemne. Se genera responsabilidad en estas figuras desde el punto de vista, que las obligaciones de hacer en ellas contenidas son preparativas de un “clásico” contrato⁵⁶.

2.5. Las concepciones de lo denominado como “responsabilidad poscontractual” parecen ser bastante problemáticas. Aunque resulta ser un ítem bastante discutido, y, que al parecer no tiene unos lineamientos legales claros, puede entenderse que existe una especie de responsabilidad poscontractual. La alusión a ella se hace más por tintes académicos que por la consolidación teórica, práctica o jurisprudencial sobre un elemento que se haya constituido sobre esa forma. En este escrito, no se trata de defender y tomar postura respecto de esta especial clase de responsabilidad, sino de describir algunas cosas que se han dicho en alusión a esta clase de responsabilidad. Es una especie de forma de exponer lo dicho, que trata de complementar la existencia de un criterio de responsabilidad de carácter temporal.

La responsabilidad poscontractual es una concepción que trata de argumentar en relación a cierta responsabilidad causada con posterioridad a la ejecución de las obligaciones u obligaciones principales del contrato. Es una especie de responsabilidad que subsiste así pueda entenderse que el contrato primario ya fue ejecutado, o que sus obligaciones principales fueron cumplidas⁵⁷. De cierta forma se

55 ISAZA, José. *Introducción a la responsabilidad civil*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2009, p. 35

56 *“Aunque la ley no regula específicamente otros negocios o tratos preliminares de la contratación, cabe anotar que estos pueden ser de diversa índole, como ofertas incompletas, invitaciones a contratar, a iniciar negociaciones, licitaciones, ofrecimientos ambiguos o ambivalentes de mercancías y negocios, la publicidad engañosa, entre otras hipótesis. Si bien en la generalidad de estos tratos preliminares no hay una regulación legal específica de la cual pueda deducirse responsabilidad, eso no evita que pueda incurrirse en ésta por cualquiera de los intervinientes, desde luego que en las ya comentadas reglas generales de buena fe y no abuso del derecho que deben observarse en la fase precontractual.”*

57 La responsabilidad postcontractual refiere a que se “produzca una ordenada y completa liquidación de los efectos que la relación contractual haya producido, incluso después de su consumación”. MORELLO, A.M. *Indemnización del daño contractual*, 2ª ed., Buenos Aires: Librería Editora Platense - AbeledoPerrot, 1974, p. 76. En este mismo sentido DE VERDA y BEAMONTE, J., *Algunas*

encuentra, la responsabilidad poscontractual, referida o relacionada con un contrato, no obstante, su localización temporal se inserta con posterioridad al vínculo contractual (Si la responsabilidad precontractual se da en la etapa anterior al contrato la responsabilidad post-contractual se da en la etapa posterior al contrato. Quizás esta sea de las principales críticas que desean determinar que no existe responsabilidad poscontractual, sino que esta es simplemente responsabilidad derivada del contrato).

Al parecer las nociones más claras de la responsabilidad poscontractual se pueden proyectar con los mismos vehículos con que se proyecta la responsabilidad precontractual cuando no existen unos desarrollos legislativos expresos. Es decir, cuando se infringe la buena fe o se abusa de los derechos concedidos. La buena fe y el abuso del derecho⁵⁸ pueden constituir responsabilidad por referencias de cierta forma explícitas al contrato. Situaciones que las partes por la celebración del contrato se encuentran en capacidad de fraguar. Por la celebración de un contrato se entiende que una parte establece con la otra un vínculo que está permeado por una concepción sistémica de diferentes relaciones que no se agotan únicamente en la celebración del contrato. El vínculo contractual es sólo la parte más notable de la relación jurídica, que en nada puede opacar las demás relaciones que en torno a éstas se pueden generar y pueden traer, posteriormente, consecuencias jurídicas.

Véase el caso de una persona que por la celebración de determinado contrato conoce cierta información confidencial de su contraparte, y luego la utiliza en su provecho o en provecho de un tercero afectando de esta forma a su anterior contraparte. O el caso que se dé cuenta de los diferentes clientes de su anterior contraparte y quiera aprovecharse esto. Pero tal evento no sólo ocurre con situaciones directamente relacionadas con la información obtenida, sino, por ejemplo, en el caso en el que se haga necesario volver al contrato para interpretarlo una vez ejecutado⁵⁹.

Tercera sección

Las clásicas nociones dividen la responsabilidad privada según su origen en responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, también,

reflexiones sobre el dolo como causa de invalidez del contrato y como fuente de responsabilidad precontractual. Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola. MadrGuardiola. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006 pp. 763 y ss.

58 Ibidem

59 Respecto de la buena fe en materia poscontractual, la cual en su esencia es igual pero en su campo de acción diferente, se ha dicho, por ejemplo, que esta regula: “a) La determinación de la existencia y de los alcances de las obligaciones accesorias que subsisten, por estipulación de partes, o por estar virtualmente comprendidas en el contrato. b) La restitución y la reparación de daños, en cuanto correspondan una vez producida la extinción del contrato (...). c) La interpretación y el cumplimiento de tales obligaciones.”

suelen distinguir la responsabilidad contractual, según un criterio temporal, en responsabilidad precontractual, contractual y poscontractual. Tales elucubraciones toman como punto de regencia, en primer lugar, un criterio lineal referido a la ley o al contrato para determinar su origen; en segundo lugar, dentro de la responsabilidad contractual, toman como punto de referencia la posibilidad, existencia, o cierta continuidad, relativa a un contrato. La responsabilidad extracontractual o contractual se rige, la primera, por la ley y algunos principios del derecho, la segunda, por lo establecido en los contratos, la ley y algunos principios del derecho. Tanto así, que podría decirse, *prima facie*, que la responsabilidad en materia privada ha utilizado como vehículo la ley, el contrato, o principios del derecho.

Los tres vehículos utilizados ostentan una naturaleza más o menos lineal. Pues, obran como unos criterios de racionalidad, con parámetros de jerarquía y función similares, que dentro de sus propios campos regulan los supuestos “determinantes y determinados” para efectos de la consolidación de la responsabilidad contractual. No existe, por ejemplo, una clara superioridad para establecer cuando un principio se impone a una obligación contractual o cuando esta se impone al principio, o como, en algunos casos, se tensionan las obligaciones con las cláusulas naturales. Ésta ha sido la visión clásica de las concepciones modernas. Donde, se insiste, la ley, las obligaciones contractuales y algunos principios han luchado, *prima facie*, en diferentes medidas y con diferentes armas, para imponerse como tópicos en la responsabilidad privada.

Las nuevas concepciones acerca de la teoría del derecho pueden modificar las visiones clásicas de la responsabilidad. Pueden agregar algo más a los vehículos de la responsabilidad, para lo que acá interesa de la responsabilidad contractual. Lo cual, puede traer como consecuencia una clasificación diferente de la responsabilidad, establecer una nueva categoría. Se piensa, que bajo tales parámetros resultaría importante hablar de una especie de responsabilidad supracontractual.

La responsabilidad supracontractual parece exhibir rasgos propios que no pueden fácilmente explicarse o comprenderse bajo los tipos clásicos de responsabilidad. Para tratar de describir ello, se procede a continuación de manera inductiva. Se trata de exponer los rasgos más importantes de ese tipo de responsabilidad, tomando como punto de partida, como base preanalítica, algunos casos que pueden dar pie al establecimiento de ciertas características que, se cree, ayudarán a acercarse a la comprensión del fenómeno. Luego, de mostrar el objeto de la inducción, se describe: lo que se considera el concepto de la responsabilidad supracontractual, sus principales elementos y características que permiten deslindarla de las otras formas de responsabilidad contractual.

3.1. Respecto a los casos que constituyen la base preanalítica se revisan tres distintos supuestos, escogidos de forma arbitraria, en el entendido de considerarlos los más representativos de la idea que se expone. El primero refiere al caso de la sentencia T 125 de 1994, Ernesto Julio Osorio contra Carlos Osorio. En este evento la Corte aceptó la procedencia de la acción de tutela cuando allí, *prima facie*, se

discutían cuestiones contractuales. La Corte basó su argumentación en ese proveído en la existencia de deberes constitucionales, como el de la solidaridad, los cuales son exigibles directamente, en la hipótesis de que “su incumplimiento, por un particular, vulnera o amenaza derechos fundamentales de otra persona, lo que exige la intervención oportuna de los jueces constitucionales para impedir la consumación de un perjuicio irremediable”⁶⁰. El hecho que el hijo no le informara al padre respecto de las cuestiones asociadas directamente con la venta del inmueble, incumpliendo así su deber de solidaridad que no posee de manera inmediata su fuente en la ley, o en el contrato, colocaba al tutelante en una situación de indefensión. Por tanto, la Corte resolvió:

“CONFIRMAR la orden impartida al señor CARLOS ERNESTO OSORIO AGUDELO en el sentido de abstenerse de realizar cualquier acto traslativo de dominio sobre los bienes objeto de la permuta hasta tanto no se decida de fondo sobre las acciones a instaurar por el peticionario.”

En segundo lugar, se escogió el caso de la sentencia T 375 de 1997, Marcelino Rodríguez contra Terpel Sur S.A. En este evento la Corte impuso la obligación, a una entidad, de seguir ejecutando determinado contrato que según las concepciones contractuales y legales se encontraba terminado. La Corte basó lo anterior, en consideraciones acerca de la posición dominante, la subordinación material⁶¹, las oportunidades de desarrollo personal y social, la función social de la Empresa, y, especialmente, por concepciones de eficacia directa⁶², en la existencia de la afectación de derechos fundamentales del demandante por parte del demandado. Por tanto, la Corte decidió:

Primero.- (...) ordénese a TERPEL SUR S.A. poner término a la conducta asumida frente al demandante y, en consecuencia, continuar suministrándole parafina en los términos de su propia oferta pública.”

En tercer lugar, está el caso de la sentencia T 367 de 2009, Rafael Escalona contra EDIMUSICA LTDA. En este evento la Corte impuso un plexo de obligaciones a las casas editoras; tales obligaciones al parecer no poseen de manera directa su fuente en la ley o en el contrato. La Corte basó lo anterior, en consideraciones acerca de la protección constitucional de los derechos de autor, *derecho a la seguridad social*,

60 Sentencia de la Corte Constitucional T 125 de 1994.

61 *A juicio de la Corte, el actor se encuentra en relación con la sociedad demandada en una clara situación de indefensión material. En la concreta relación económica trabada entre el actor y aquélla se dan las notas de una manifiesta dependencia económica del primero hacia la última. En efecto, la ruptura del suministro ha colocado al pequeño empresario en una situación cercana a la clausura del negocio.*

62 *La doctrina de la eficacia directa de los derechos fundamentales en la relaciones privadas, cuando ello es posible, debe proponerse mostrar cómo y en qué sentido el elemento fundamental de un derecho puede resultar específicamente vulnerado. El derecho al trabajo no tiene frente al Estado el carácter de derecho de aplicación inmediata, ni incorpora en su núcleo esencial el poder individual de obtener un determinado empleo.*

derecho al mínimo vital y “el deber de solidaridad reforzado, en la medida en que su subsistencia dependa exclusivamente de los recursos que genere el o los contratos”. Lo cual llevó a que la Corte decidiera:

“Primero. Advertirá las casas editoras que en la celebración de los contratos de cesión de derechos patrimoniales de autor deben partir y propender en su desarrollo y ejecución por garantizar las condiciones materiales mínimas de subsistencia para los autores en orden a la seguridad social que les asiste y atendiendo las particulares condiciones de indefensión en que puedan encontrarse (...).”

De los tres casos anteriores puede extraerse lo siguiente. Además de la utilización de los clásicos vehículos regentes de la responsabilidad, puede considerarse que para los casos en glosa, y otros tantos (que tampoco son la regla general), existían imposiciones obligacionales en los contratos de índole constitucional. Especialmente, deberes que deben cumplirse en aras a proteger derechos fundamentales. *“De otra forma, los derechos constitucionales carecerían de eficacia práctica frente a particulares, en estas específicas circunstancias”.* Esta nueva clase de vehículos vienen a cambiar la forma clásica de la responsabilidad contractual. Pues, puede pensarse que existe una responsabilidad en los contratos que no está regida por imposiciones legislativas u obligaciones contractuales o de principios, sino por algo que está “por encima” de ellas y a su vez las determina: derechos fundamentales y, correlativamente, los deberes mediante los cuales éstos se deben garantizar⁶³. Si no existiera esta clase de responsabilidad, como se especifica más adelante, no podrían, al parecer, con base en las clásicas concepciones, responderse por el incumplimiento causado a los deberes constitucionales y la afectación de los derechos fundamentales. Tales daños, podría pensarse, no serían reparados.

3.2. La responsabilidad supracontractual presenta unos elementos particulares que la diferencian de la responsabilidad contractual. Para mostrar ello se utiliza la concepción de elementos determinantes y determinados; lo cual, permite, entre otras cosas, contrastar a ésta con la contractual. Los supuestos determinantes de la responsabilidad supracontractual son: 1) el contrato; 2) la existencia de derechos fundamentales y los correlativos deberes constitucionales ventilados en la relación contractual; 3) el incumplimiento de los deberes constitucionales. Para hablar en sentido estricto de responsabilidad supracontractual, resulta necesaria la existencia de un contrato, como una de las causas necesarias para que se dé este tipo de responsabilidad. Asimismo, se hace necesario que en este contrato se jueguen circunstancias relativas a los derechos fundamentales y sus correlativos deberes. Luego, pueden existir circunstancias contractuales en los cuales no exista, *prima*

63 Esta situación, de forma general, como ya se insinuó, es causada como uno de los efectos de las corrientes Neoconstitucionalistas en los sistemas de derecho legislado.

facie, tal requisito⁶⁴. En la responsabilidad contractual se habla de obligaciones contractuales devenidas del contrato, de la ley o de los principios; en cambio, nótese que acá las obligaciones provienen de los deberes constitucionales explícitamente. Es decir, el vehículo utilizado es diferente. También, para configurar estos requisitos determinantes, se hace necesario la existencia del incumplimiento de alguno de los deberes referidos. Es decir, que los deberes que garantizan los derechos fundamentales no sean cumplidos. En este campo, a diferencia de cómo ocurre en la responsabilidad contractual, no existe como supuesto determinante, la inexistencia de circunstancias que avalen la afectación o el incumplimiento de los deberes, como por ejemplo: la utilización de cláusulas exonerativas o modificativas de la responsabilidad; pues, los derechos y los deberes dados son indisponibles para las partes⁶⁵.

Los supuestos determinados respecto de la responsabilidad supracontractual son: 1) la existencia de un derecho fundamental en la relación contractual; 2) la afectación de éste derecho por el incumplimiento de los deberes de la contraparte. Los elementos determinados parten de la existencia de un derecho fundamental en la relación contractual correlativa al de las obligaciones referidas en los elementos determinantes. Pues, aunque no es del todo claro, pueden darse el caso de que existan obligaciones sin el correlativo derecho; no obstante, el derecho si ostenta el correlativo deber. Igualmente, se requiere que el derecho, correlativo a la obligación contractual de los supuestos determinantes, sea afectado. Afectación que ostenta situaciones particulares. No se habla de incumplimiento, cumplimiento imperfecto o retardo, como se hace en la responsabilidad contractual. Como se trata de afectación a derechos fundamentales se refiere más bien a un incumplimiento genérico. El cual, corresponde probar a quien lo alega. La carga argumentativa en estos casos se ha de enseñar contra la demostración de que en relaciones contractuales, para el caso, se afecta el derecho fundamental⁶⁶. Por su parte, el nexo causal, en el sentido ya señalado, no se ve como un elemento diferente a los supuestos determinantes y determinados, sino como una parte de los supuestos determinados que hace que éstos devengan de los determinantes; son supuestos determinados en tanto han sido condicionados por los determinantes; tal nexo es de carácter implícito.

3.3. Bajo los anteriores supuestos, la responsabilidad contractual presenta unas características particulares, especialmente, en relación con: la concepción de derecho a ella adscrita, su origen, naturaleza, finalidad, la necesidad de eliminar cierta disgregación, la disponibilidad y lo embrionario de su desarrollo.

Las concepciones acerca de la responsabilidad supracontractual se encuentran fincadas especialmente en las nociones de las nuevas culturas jurídicas. Anteriormente no existía como tal una eficacia directa de las normas constitucionales, especialmente, respecto de la protección a los fundamentales. Los derechos fundamentales no ostentaban fuerza normativa. Luego, la imposición de derechos y deberes desde el

64 No se refiere ello a que no pueda obrar la responsabilidad contractual, sino a que por la no relevancia de derechos fundamentales tal no obraría.

65 Ver en este sentido: la Sentencia de la Corte Constitucional T 423 de 2003

66 Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T 222 de 2004

enfoque constitucional, que como se dijo, fue producto del cambio constitucional y de las prácticas de la Corte Constitucional, se fundamenta en concepciones del denominado: Neoconstitucionalismo. Lo cual se contrapone al legalismo y a la exaltación de la autonomía de la voluntad en los contratos, propio de las concepciones de derecho en el liberalismo.

El origen de la responsabilidad, especialmente el vehículo que utiliza, es diferente a los utilizados por la clásica responsabilidad contractual. Pues, no se trata tanto del contrato, o de la ley, o de principios, sino que tal vehículo es de origen constitucional devenido principalmente de la protección de derechos fundamentales mediante deberes constitucionales. Tal vehículo se encuentra en un grado de superioridad distinto al utilizado por las clásicas concepciones de la responsabilidad contractual. Es un plano “supra” respecto de la naturaleza lineal de los vehículos clásicos de la responsabilidad contractual, y, en tanto, ostenta máxima validez formal⁶⁷.

Con esta concepción se tiene como finalidad solucionar un vacío jurídico. Se da una respuesta al tipo de responsabilidad que puede generarse cuando se afectan derechos fundamentales en relaciones contractuales, y no se ha establecido obligación o no existe disposición legal o principio que sirva de vehículo para obligar a la reparación. De contrario difícilmente podría alegarse responsabilidad por la afectación a derechos fundamentales no establecidos en el contrato o no desarrollados legalmente o por principios corrientemente usados. Tal situación, la afectación de ellos, no conllevaría ningún tipo de responsabilidad que pretendiera resarcir perjuicios.

El instituto de la responsabilidad supracontractual es de naturaleza *sui generis*. Presenta lineamientos que no hace fácil considerarla simplemente como indemnizatoria. Pues, se encuentra adscrita a valores y principios de índole constitucional, se cimienta en la dignidad humana. En la persona y sus derechos como centro del ordenamiento. Tiene fuertes tintes correctivos de puente metodológico entre el derecho y la moral⁶⁸.

67 Cfr. ALEXY, Robert, *El Concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 2004. p. 159. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Impreso en Solana e hijos, A.G., S.A., 2002. ALEXY, Robert, *Teoría del Discurso y los Derechos Humanos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004.

68 Por su parte, Paolo Comanducci, afirma que, el Neoconstitucionalismo se presenta como una concepción del Derecho, contrapuesta al positivismo jurídico, una especie de iusnaturalismo. Según el autor en comentario, la tarea de definir el la nueva cultura jurídica, debe partir de la distinción entre tres acepciones. “Neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico”. En primer lugar, esta nueva visión resulta ser una “teoría” del derecho que está atenta a los cambios normativos que han tenido lugar en nuestros ordenamientos jurídicos, producto de la irradiación de la constitución al ordenamiento jurídico; por ello, es “una ciencia jurídica que no sólo describe los derechos y deberes de los ciudadanos de acuerdo con lo que establece determinado ordenamiento jurídico, sino que tiene como cometido valorar dichos contenidos desde el entramado axiológico de la Constitución”. En segunda medida, el Neoconstitucionalismo es también una ideología que, sigue lo manifestado al respecto por Bobbio, argumenta a favor de una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a la Constitución, no tanto porque exista la amenaza por el incumplimiento sino por el deber moral de respeto a los preceptos constitucionales. El Neoconstitucionalismo es, en tercer lugar, una metodología: el Neoconstitucionalismo metodológico sostiene por el contrario –“al menos respecto a situaciones de derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales

En sentido similar, puede decirse que las nociones acerca de la responsabilidad supracontractual permiten eliminar la disgregación que existía entre supuestos determinados y no determinados. Pues, de no establecerse tal noción no se podría constituir la relación diádica existente entre tales supuestos. Se justifica la concepción de responsabilidad supraconstitucional en el hecho que para los casos de tutela en los cuales se den vulneraciones a los derechos fundamentales la Corte ha manifestado que la tutela no tiene naturaleza indemnizatoria, por tanto, se hace necesario acudir a las vías judiciales mediante específicas ni acciones que alegar a efectos de solicitar la indemnización de los perjuicios.

En principio, los elementos dados generadores de la responsabilidad supracontractual son irrenunciables para las partes. Es decir, no puede establecerse cláusulas exonerativas de la responsabilidad que permitan liberarse de ella o aminorarla, como si ocurre en la clásica concepción de responsabilidad contractual. Los derechos y obligaciones referidos no pueden disponerse por las partes contractuales.

Es, la responsabilidad supracontractual, una noción con un desarrollo teórico embrionario. Por tanto, no tiene la legitimidad necesaria en el campo de la dogmática o de la práctica jurídica. Luego, la dogmática, la investigación en el derecho, está llamada a desarrollarla, o al menos, a ayudar a desarrollarla, si es el caso, o, por el contrario, en caso de que se demuestre su inconsistencia: a descartarla.

CONCLUSIONES

Por disposiciones formales de la Constitución Política de 1991 y las prácticas jurisprudenciales, especialmente, de la Corte constitucional, se ha dado un viro a la clásica cultura jurídica del estado liberal, establecida en el ordenamiento interno. El proceso de constitucionalización del derecho ha traído consecuencias importantes en algunas instituciones del derecho. Especialmente, las establecidas en aquellos campos que se encuentran fuertemente vinculados con las nociones clásicas del liberalismo como, por ejemplo, en el ámbito contractual.

Existen fenómenos ocurridos que hacen necesaria la autorreferencia del sistema para comprenderlos. Es bajo esta óptica que se hace necesario el establecimiento de una nueva categoría de responsabilidad contractual, que explique los fenómenos que suceden cuando en la órbita contractual son ventilados derechos fundamentales y deberes constitucionales, los cuales no están establecidos en el contrato por acuerdo, o no han sido establecidos por leyes imperativas o supletivas, y, ni siquiera

y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral-“ la tesis de la conexión necesaria, entre derecho y moral, es decir, sostiene una tesis contraria a la signada por el positivismo y a fin con las concepciones iusnaturalistas que destacan la relación entre el derecho positivo y la moral. CARBONELL, Miguel. Teoría del Neoconstitucionalismo. México: Trotta Editorial. 2007. p. 45 -47.

por principios. Luego, no pueden explicarse ni contextualizarse por medio de las concepciones clásicas de la responsabilidad.

La responsabilidad supracontractual es una categoría que pretende el estudio del concepto, los elementos determinantes y determinados, y las principales características de la responsabilidad que nace cuando en un contrato se afectan derechos fundamentales.

Como el desarrollo teórico o jurisprudencial de la responsabilidad supracontractual es embrionario o inexistente, la dogmática jurídica encuentra un campo fecundo para su labor investigativa. Es encargada de buscar, para el caso, soluciones consistentes que reduzcan la complejidad y otorguen herramientas para constituir criterios de racionalidad adecuados en el campo de la responsabilidad en los contratos, por la irrupción en estos de los derechos fundamentales.

REFERENCIAS

- ALEXY, Robert, *El Concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 2004
- ALEXY, Robert, *Teoría del Discurso y los Derechos Humanos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004
- ÁNGEL, Ricardo de, *La responsabilidad civil*, 2ª ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1989.
- BERNAL, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005
- BERNAL, Carlos. *El Neoconstitucionalismo a Debate*. Bogotá: Universidad Externado. 2007
- BERNAL, Carlos. *El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado. 2009
- BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho Civil. Obligaciones*. T.I, Perrot, Buenos Aires, 1989
- BUSTAMANTE, Jorge, *Teoría General de la responsabilidad civil*, Buenos Aires: AbeledoPerrot, 199
- CARBONELL, Miguel. *Teoría del Neoconstitucionalismo, Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007
- COOTER, Robert; ULEN Thomas, *Law & economics 3rd Ed*, Addison Wesley Longman, New York, 2000
- DE CUPIS, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Traducción de Ángel Martínez Sarrión, Barcelona: Bosch, 1970
- DE LORENZO, Miguel Federico, *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996
- DE FRANCES, Carol; Litras, Marika; *Civil trial cases and Verdicts in Large*

- Counties, 1996*, Bureau of Justice Statistics Bulletin, Setiembre 1999
- DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999
- DE VERDA y BEAMONTE, J., *Algunas reflexiones sobre el dolo como causa de invalidez del contrato y como fuente de responsabilidad precontractual. Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola. MadrGuardiola*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006
- ESTRADA, Alexey. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, primera edición mayo de 2002.
- HOHFELD, W. N. *Conceptos jurídicos Fundamentales*, México: Distribuciones FONTAMARA, quinta reimpresión, 2004
- ISAZA, José. *Introducción a la responsabilidad civil*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2009
- JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, Tomo II, volumen I, Teoría General de las Obligaciones, traducción de Santiago Cuchillos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América Bosch y Cía. 1951.
- LÓPEZ, Diego. *Interpretación Constitucional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Segunda edición, 2006.
- LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*, Parte General. Buenos Aires, Sata Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004
- LORENZETTI, Ricardo. *Interpretación económica de los contratos, Tratado de los contratos*. Buenos Aires, Sata Fe: Rubinzal-Culzoni, 1994
- LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, d, tr., de Javier Torres Nafarrete, México: Universidad Iberoamericana, 2002
- MONSALVE, Vladimir. *Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información, una perspectiva europea*. En: Colombia Universitas. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana. 2008
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Calificación, Integración e Interpretación del Contrato*, Revista de Derecho Privado y Comunitario. Rubinzal Culzoni Editores, 2006
- MORELLO, A.M. *Indemnización del daño contractual*, 2ª ed., Buenos Aires: Librería Editora Platense – Abeledo Perrot, 1974
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis, Sexta edición, 2000.
- PICASSO Sebastián, artículo “La responsabilidad pre y post contractual en el Proyecto de Código Civil de 1998”, publicado en [http://www.alterini.org/online/ to_psl.htm](http://www.alterini.org/online/to_psl.htm) (citado el 28 de febrero de 2006). El trabajo está referido al Proyecto de Código Civil argentino, que unifica en el mismo tanto las materias civiles como mercantiles.
- POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad en la interpretación constitucional*. Doxa, Vol. 21-II
- POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones*, Tribunal Superior de Justicia Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial.
- RAWLS, John, *La Justicia como Equidad*; Madrid: Paidós, 2002

RUBIO, Mauricio. *Economía jurídica*, Bogotá: Universidad externado de Colombia. 2007

SAAVEDRA Galleguillos, Francisco, artículo “La responsabilidad durante los tratos negociales previos”, en Revista “LEX ET VERITAS”, de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Internacional Sek Santiago, Editora Metropolitana, año 2000

SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, Montecorvo, Madrid, 1993

SOTO, Carlos Alberto, y MOSSET, Jorge. *El Contrato en una economía de mercado*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 2009

TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. Segunda parte, de la segunda sección. Cuestión 61, artículo 1.

TREVIÑO, Ricardo, *Teoría general de las obligaciones*, McGraw- HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. México, 2007